

## Onde está o fundamento do poder geral de cautela do TCU?

Em decisões, TCU tem ampliado seu poder cautelar

ANDRÉ ROSILHO

02/05/2018 11:48



O TCU tem se utilizado de diferentes estratégias para ampliar sua presença no espaço público. Uma delas é o alargamento de sua competência para tomar medidas cautelares interventivas.

Em 21.2.18, o TCU apreciou relatório de auditoria relativo à construção da Ferrovia Norte-Sul (Acórdão 296/2018 – Plenário). Baseado em conclusão de unidade técnica pela existência de débito, o Tribunal decidiu decretar, pelo prazo de um ano, a indisponibilidade de bens dos responsáveis, inclusive de pessoa jurídica contratada por ente estatal e de pessoas físicas integrantes de seus quadros.

Ocorre que a LOTCU circunscreveu a medida cautelar para decretação da indisponibilidade de bens a *agentes públicos*, pertencentes à máquina estatal. Por determinação do § 2º do art. 44, esse tipo de medida constritiva só pode ser aplicada pelo Tribunal “nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo”, ou seja, em relação a “responsável” que exerça “funções”, sob vigilância de “autoridade superior competente” (§ 1º do art. 44). Nesse específico contexto, a expressão “responsável” assume sentido próprio, restrito.

Outra decisão curiosa foi proferida no Acórdão 508/2018 – Plenário, j. 14.3.18. O caso envolvia relatório de auditoria sobre contrato de supervisão de obras de lote da Ferrovia Norte-Sul. Considerando haver “prejuízo potencial elevado na avença” por conta de indícios de superfaturamento apurados por unidade técnica, o Tribunal determinou cautelarmente à empresa responsável pelas obras, nos termos do art. 276, *caput*, do RITCU, que suspendesse integralmente a execução do contrato de supervisão de obra e que se abstinhasse “de efetuar qualquer pagamento relacionado ao referido ajuste”, até que o Tribunal se pronunciasse quanto às questões de mérito.

O surpreendente é que a Constituição foi clara ao afirmar que, em sendo detectada alguma ilegalidade em contratos pelo TCU, cabe ao Congresso, com exclusividade, deliberar sobre “o ato de sustação” e solicitar “de imediato ao Poder Executivo as medidas cabíveis” (art. 71, IX e § 2º). Atos podem ser suspensos diretamente pelo TCU (art. 71, X, da Constituição); contratos, não.

Ao tomar decisões, o TCU não parece preocupado em explicitar os fundamentos jurídicos que o autorizariam a exercer poder cautelar. Supõe suficiente alegar a presença de *fumus boni juris e periculum in mora* para justificar medidas que visem evitar lesão ou ameaça a direito. A Constituição não equiparou o TCU ao Judiciário. Sustentar que o TCU teria poder geral de cautela implicaria em ignorar decisões expressas tomadas pela legislação em nível constitucional e legal. A observância do texto das normas não é preciosismo acadêmico. É condição necessária para que haja um mínimo de segurança jurídica e previsibilidade, ingredientes indispensáveis ao bom funcionamento das instituições. A deterioração de parâmetros pode ter efeitos positivos imediatos, mas à custa da produção de efeitos negativos imprevisíveis e de longo prazo.

---

**ANDRÉ ROSILHO** – Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Doutor em direito pela USP. Mestre em direito pela FGV Direito SP.